

O Sistema Brasileiro de Combate à Corrupção e a Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção)

Rafael Carvalho Rezende Oliveira

Procurador do Município do Rio de Janeiro. Mestre em Teoria do Estado e Direito Constitucional pela PUC-RJ. Especialista em Direito do Estado pela UERJ. Membro do Instituto de Direito Administrativo do Estado do Rio de Janeiro (IDAERJ). Professor de Direito Administrativo da EMERJ e do Curso Forum. Professor dos cursos de Pós-Graduação da FGV e Cândido Mendes. Advogado e consultor Jurídico.

Daniel Amorim Assumpção Neves

Mestre e Doutor em Direito Processual Civil pela USP. Professor assistente do Prof. Antonio Carlos Marcato na USP. Professor de Processo Civil do Curso Forum (Rio de Janeiro) e LFG (São Paulo). Advogado em São Paulo, Rio de Janeiro e Natal.

1) INTRODUÇÃO

Com o objetivo de efetivar o princípio constitucional da moralidade administrativa e evitar a prática de atos de corrupção, o ordenamento jurídico consagra diversos instrumentos de combate à corrupção, tais como a Lei 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa), o Código Penal, as leis que definem os denominados crimes de responsabilidade (Lei 1.079/1950 e Decreto-lei 201/1967), a LC 135/2010 (“Lei da Ficha Lim-

pa”), que alterou a LC 64/1990 para estabelecer novas hipóteses de inelegibilidade, dentre outros diplomas legais.¹

A necessidade de proteção crescente da moralidade, nos âmbitos internacional e nacional, notadamente a partir das exigências apresentadas pela sociedade civil, justificou a promulgação da Lei 12.846/2013 (Lei Anticorrupção) que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, nacional ou estrangeira.²

Trata-se de inovação legislativa importante, pois permite que não apenas os sócios, os diretores e funcionários da empresa, mas, também, a própria pessoa jurídica seja submetida a um processo de responsabilização civil e administrativa por atos de corrupção.³

2) RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA DAS PESSOAS JURÍDICAS POR ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO

Inicialmente, a referida Lei estabelece as **responsabilidades objetiva administrativa e civil das pessoas jurídicas pelos atos lesivos contra a Administração**, praticados em seu interesse ou benefício (art. 2.º da Lei 12.846/2013). Vale dizer: as sanções administrativas e cíveis serão aplicadas às pessoas jurídicas, independentemente de dolo ou culpa, sendo suficiente a comprovação da prática de ato lesivo tipificado na referida lei para aplicação das respectivas sanções.⁴

Lembre-se de que a responsabilidade civil objetiva das pessoas jurídicas por atos praticados por seus prepostos não representa verdadeira

1 Registre-se que o Brasil é signatário de compromissos internacionais que exigem a adoção de medidas de combate à corrupção, tais como: a) Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, elaborada no âmbito da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômicos (OCDE), foi ratificada pelo Decreto Legislativo 125/2000 e promulgada pelo Decreto Presidencial 3.678/2000; b) Convenção Interamericana contra a Corrupção (CICC), elaborada pela Organização dos Estados Americanos (OEA), foi ratificada pelo Decreto Legislativo 152/2002, com reserva para o art. XI, § 1.º, inciso "C", e promulgada pelo Decreto Presidencial 4.410/2002; e c) Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (CNUCC), ratificada pelo Decreto Legislativo 348/2005 e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.687/2006.

2 A Lei entrou em vigor 180 dias após a sua publicação.

3 As principais inovações da Lei Anticorrupção foram apresentadas nas obras: OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Curso de Direito Administrativo**. 2ª ed., São Paulo: Método, 2014; e NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**. 2ª ed., São Paulo: Método, 2014.

4 Incluem-se no conceito de pessoas jurídicas, destinatárias da Lei Anticorrupção, "as sociedades empresárias e as sociedades simples, personificadas ou não, independentemente da forma de organização ou modelo societário adotado, bem como a quaisquer fundações, associações de entidades ou pessoas, ou sociedades estrangeiras, que tenham sede, filial ou representação no território brasileiro, constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente" (art. 1.º, parágrafo único, da Lei 12.846/2013).

novidade, pois já encontrava previsão nos arts. 932, III, e 933 do CC. A novidade é a estipulação de sanções mais severas, com destaque para a possibilidade de dissolução compulsória da pessoa jurídica.

A responsabilidade da pessoa jurídica independe da responsabilidade pessoal dos seus dirigentes e das demais pessoas naturais que contribuam para o ilícito. Enquanto as pessoas jurídicas respondem objetivamente, a responsabilidade das pessoas naturais é subjetiva (art. 3.º, *caput*, §§ 1.º e 2.º, da Lei 12.846/2013).

Nas hipóteses de alteração contratual, transformação, incorporação, fusão ou cisão societária, a responsabilidade pelos atos lesivos permanece.⁵ Em relação à fusão e à incorporação, a responsabilidade da sucessora restringe-se ao pagamento da multa e da reparação integral do dano, sendo inaplicáveis as demais sanções, salvo no caso de simulação ou fraude (art. 4.º, § 1.º, da Lei 12.846/2013). Quanto às sociedades controladoras, controladas, coligadas ou consorciadas, a responsabilidade é solidária pelos atos lesivos à Administração no tocante a obrigação de pagamento de multa e reparação integral do dano causado (art. 4.º, § 2.º, da Lei 12.846/2013).⁶

Os atos lesivos à Administração Pública são aqueles praticados por pessoas jurídicas contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da Administração Pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, conforme tipificação contida no art. 5.º da Lei 12.846/2013.⁷ Registre-se que as condutas lesivas já se encon-

5 A transformação societária "é a operação pela qual a sociedade passa, independentemente de dissolução e liquidação, de um tipo para outro", na forma do art. 220 da Lei 6.404/1976 (ex.: sociedade limitada se transforma em sociedade anônima). A incorporação "é a operação pela qual uma ou mais sociedades são absorvidas por outra, que lhes sucede em todos os direitos e obrigações" (art. 227 da Lei 6.404/1976). A fusão, por sua vez, "é a operação pela qual se unem duas ou mais sociedades para formar sociedade nova, que lhes sucederá em todos os direitos e obrigações" (art. 228 da Lei 6.404/1976). Por fim, a cisão "é a operação pela qual a companhia transfere parcelas do seu patrimônio para uma ou mais sociedades, constituídas para esse fim ou já existentes, extinguindo-se a companhia cindida, se houver versão de todo o seu patrimônio, ou dividindo-se o seu capital, se parcial a versão" (art. 229 da Lei 6.404/1976).

6 Em regra, não se presume a solidariedade entre as empresas consorciadas (art. 278, § 1.º, da Lei 6.404/1976). Todavia, a legislação impõe a solidariedade quando os consórcios participam de licitações públicas (art. 33, V, da Lei 8.666/1993).

7 "Art. 5.º Constituem atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, para os fins desta Lei, todos aqueles praticados pelas pessoas jurídicas mencionadas no parágrafo único do art. 1.º, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, assim definidos: I - prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a agente público, ou a terceira pessoa a ele relacionada; II - comprovadamente, financiar, custear, patrocinar ou de qualquer modo subvencionar a prática dos atos ilícitos previstos nesta Lei; III - comprovadamente, utilizar-se de interposta pessoa física ou jurídica para ocultar ou dissimular seus reais interesses ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados; IV - no tocante a licitações e contratos: a) frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo de procedimento licitatório público; b) impedir,

travam tipificadas em outros diplomas legais, tais como a Lei 8.429/1992 e a Lei 8.666/1993.

A Lei Anticorrupção possui **caráter extraterritorial**, sendo aplicável aos atos lesivos praticados por pessoa jurídica brasileira contra a Administração Pública estrangeira, ainda que cometidos no exterior (art. 28 da Lei 12.846/2013).

Em relação à responsabilidade administrativa das pessoas jurídicas, admite-se a aplicação de multa, que pode variar de 0,1% a 20% do faturamento bruto da pessoa jurídica no último exercício ao da instauração do processo administrativo, e da publicação extraordinária da decisão condenatória. As referidas sanções poderão ser aplicadas cumulativamente ou não, com a oitiva prévia da advocacia pública, sem prejuízo do dever de reparação integral do dano causado (art. 6.º da Lei 12.846/2013).

Na aplicação das sanções, a Administração levará em consideração os seguintes parâmetros (art. 7.º da Lei 12.846/2013):

- a) a gravidade da infração;
- b) a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;
- c) a consumação ou não da infração;
- d) o grau de lesão ou perigo de lesão;
- e) o efeito negativo produzido pela infração;
- f) a situação econômica do infrator;
- g) a cooperação da pessoa jurídica para a apuração das infrações;
- h) a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica, na forma do regulamento a ser expedido pela Administração; e
- i) o valor dos contratos mantidos pela pessoa jurídica com o órgão ou entidade pública lesados.

No elenco dos parâmetros sancionatórios, merece destaque o fomento à instituição de estruturas internas nas pessoas jurídicas privadas

perturbar ou fraudar a realização de qualquer ato de procedimento licitatório público; c) afastar ou procurar afastar licitante, por meio de fraude ou oferecimento de vantagem de qualquer tipo; d) fraudar licitação pública ou contrato dela decorrente; e) criar, de modo fraudulento ou irregular, pessoa jurídica para participar de licitação pública ou celebrar contrato administrativo; f) obter vantagem ou benefício indevido, de modo fraudulento, de modificações ou prorrogações de contratos celebrados com a administração pública, sem autorização em lei, no ato convocatório da licitação pública ou nos respectivos instrumentos contratuais; ou g) manipular ou fraudar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos celebrados com a administração pública; V - dificultar atividade de investigação ou fiscalização de órgãos, entidades ou agentes públicos, ou intervir em sua atuação, inclusive no âmbito das agências reguladoras e dos órgãos de fiscalização do sistema financeiro nacional.”

com o objetivo de prevenir e reduzir os atos de corrupção (*compliance*), o que depende, no momento, da edição de ato regulamentar por parte do Executivo.

Registre-se que a aplicação das sobreditas sanções não afeta os processos de responsabilização subjetiva e aplicação de penalidades decorrentes da Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992) e da Lei de Licitações (Lei 8.666/1993 e legislação correlata), na forma do art. 30 da Lei 12.846/2013.

O processo administrativo será instaurado pela autoridade máxima da Administração e será conduzido por comissão composta por dois ou mais servidores estáveis, admitindo-se a desconsideração da personalidade jurídica quando configurado abuso de poder, observados o contraditório e a ampla defesa (arts. 8.º, 10 e 14 da Lei 12.846/2013).⁸

3) ACORDO DE LENIÊNCIA

Admite-se a celebração do **acordo de leniência** entre a Administração Pública e as pessoas jurídicas responsáveis pela prática do ato lesivo que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, desde que a colaboração resulte na identificação dos demais envolvidos na infração, quando couber bem como na obtenção célere de informações e documentos que comprovem o ilícito sob apuração (art. 16 da Lei 12.846/2013).

A celebração do sobredito acordo dependerá do preenchimento cumulativo dos seguintes requisitos (art. 16, § 1.º, da Lei 12.846/2013):

a) a pessoa jurídica deve ser a primeira a se manifestar sobre seu interesse em cooperar para a apuração do ato ilícito;

b) a pessoa jurídica deve cessar completamente seu envolvimento na infração investigada a partir da data de propositura do acordo; e

c) a pessoa jurídica deve admitir a sua participação no ilícito e cooperar plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

O acordo de leniência acarreta as seguintes características:

⁸ A autoridade que, após tomar conhecimento das supostas infrações, não adotar providências para a apuração dos fatos, será responsabilizada penal, civil e administrativamente (art. 27 da Lei 12.846/2013).

a) isenção das sanções de publicação extraordinária da decisão condenatória e da proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, bem como a redução em até 2/3 do valor da multa aplicável, subsistindo as demais sanções legais, inclusive o dever de reparação integral do dano (art. 16, §§ 2.º e 3.º);

b) a proposta de acordo de leniência somente se tornará pública após a efetivação do respectivo acordo, salvo no interesse das investigações e do processo administrativo (art. 16, § 6.º);

c) a proposta de acordo de leniência não importa em reconhecimento da prática do ato ilícito (art. 16, § 7.º);

d) descumprido o acordo, a pessoa jurídica não poderá celebrar novo acordo pelo prazo de três anos contados do conhecimento pela Administração Pública do referido descumprimento (art. 16, § 8.º);

e) a celebração do acordo interrompe o prazo prescricional para aplicação das sanções (art. 16, § 9.º); e

f) possibilidade de celebração do acordo envolvendo os ilícitos previstos na Lei 8.666/1993, com o intuito de isentar ou atenuar as sanções previstas nos respectivos arts. 86 a 88 (art. 17).

A previsão do acordo de leniência na Lei Anticorrupção retrata uma tendência típica da Administração Pública Consensual e de Resultados.

Em razão da pluralidade de interesses públicos e da necessidade de maior eficiência na ação administrativa, a legitimidade dos atos estatais não está restrita ao cumprimento da letra fria da lei, devendo respeitar o ordenamento jurídico em sua totalidade (juridicidade).

Por esta razão, os acordos decisórios são previstos e incentivados no controle das políticas públicas, tal como ocorre, por exemplo, nos seguintes casos: a) Termo de Ajustamento de Conduta (TAC): art. 5º, § 6º da Lei 7.347/85 (Ação Civil Pública – ACP); b) Termo de Compromisso: art. da Lei 6.385/76 (Comissão de Valores Mobiliários – CVM); c) Acordos terminativos de processos administrativos: art. 46 da Lei 5.427/09 (Lei do Processo Administrativo do Estado do Rio de Janeiro); d) Termo do compromisso de cessação de prática e acordo de leniência: arts. 85 e 86 da Lei 12.529/11 (Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência – SBDC); e) Acordo de leniência: art. 16 da Lei 12.846/13 (Lei Anticorrupção); etc.

Em determinadas hipóteses, a aplicação da sanção tipificada em lei pode frustrar a efetividade dos resultados esperados pela legislação que poderiam ser implementados por outras vias alternativas definidas pelo Poder Público. Imagine-se, por exemplo, a celebração de acordo decisório (Termo de Ajuste de Gestão – TAG) com o intuito de substituir a multa ambiental por imposição de investimento do mesmo montante financeiro na restauração do meio ambiente (compensações ambientais).

Nesse caso, o acordo decisório que substitui a possibilidade da multa por investimentos satisfaz com maior intensidade o resultado subjacente à própria sanção, qual seja, a restauração do dano gerado pela atuação ilícita do agente regulado.

Ao invés de aplicar a multa e cobrá-la, pela via administrativa e/ou judicial, com a consequente (e potencial) arrecadação e posterior aplicação dos recursos na restauração do bem jurídico lesado, o Poder Público, por meio do acordo decisório, estabeleceria, *prima facie*, a obrigação de o infrator investir o mesmo montante diretamente na recuperação do dano causado, evitando desperdício de tempo e de recursos públicos.⁹

Não se pode perder de vista que a sanção não é um fim em si mesmo, mas um instrumento de restauração ou compensação dos danos ocasionados pelo ilícito praticado. Ao lado da sanção, existem outros instrumentos que possuem o condão de atingir o interesse público de forma mais eficiente e econômica, tal como ocorre com o acordo que substitui processos sancionatórios por medidas preventivas e compensatórias do dano. Não se trata de dispor do interesse público, mas, ao contrário, da escolha do melhor instrumento para sua implementação.

4) RESPONSABILIDADE JUDICIAL DAS PESSOAS JURÍDICAS POR ATOS LESIVOS À ADMINISTRAÇÃO

A responsabilidade administrativa não afasta a responsabilidade civil pelos atos lesivos à Administração, tendo em vista a independência das instâncias (art. 18 da Lei 12.846/2013).

9 Sobre os acordos decisórios ou substitutivos na Administração, vide: OLIVEIRA, **Princípios do Direito Administrativo**. 2.ª ed., São Paulo: Método, 2013, p. 151-156; SUNDFELD, Carlos Ari; CÂMARA, Jacintho Arruda. "Acordos substitutivos nas sanções regulatórias". **RDPE**, Belo Horizonte, ano 9, n. 34, p. 23, abr.-jun. 2011; WILLEMANN, Flávio de Araújo. **Temas relevantes no direito de energia elétrica**, Synergia Editora, 2012; MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. "Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção". **RBDP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 68, out.-dez. 2010.

A conclusão gerada pelo dispositivo é intuitiva porque são diferentes as sanções previstas pelo art. 6º, referentes ao processo administrativo, e aquelas previstas pelo art. 19, referentes ao processo judicial.

Dessa forma, ainda que a pessoa jurídica tenha sido devidamente sancionada no âmbito administrativo, não haverá qualquer impedimento para que se busque pela via judicial a aplicação de outras sanções, que, inclusive, só podem ser aplicadas após o devido processo legal judicial. A diferença de sanções afasta qualquer possibilidade de *bis in idem*.

Parece não haver maiores dúvidas da espécie de ação judicial versada sobre a lei ora comentada, posto a natureza difusa do direito tutelado por meio dela. Ademais, o art. 21 da Lei 12.846/2013 prevê que, nas ações de responsabilização judicial, será adotado o rito previsto na Lei 7.347/1985, o que é suficiente para se concluir que a referida ação é coletiva. Trata-se de mais uma espécie de ação coletiva na tutela do patrimônio público, vindo a se somar com a ação popular, a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa.

Certamente, nesse tocante, será ressuscitada a discussão já há muito presente envolvendo a ação civil pública e a ação de improbidade administrativa. E a conclusão será a mesma: pouco importa se a chamada ação de responsabilização judicial é ou não uma ação civil pública. O que importa é que a referida ação segue substancialmente o procedimento da ação civil pública com certas peculiaridades, exatamente como acontece com a ação de improbidade administrativa. E são justamente essas peculiaridades que interessam na presente análise.

O art. 19 da Lei 12.846/2013 prevê a legitimidade ativa para a ação de responsabilização judicial: União, Estados, Distrito Federal e os Municípios, por meio das respectivas Advocacias Públicas ou órgãos de representação judicial, ou equivalentes, e o Ministério Público. Como se pode notar, a ação ora analisada tem legitimidade ativa ainda mais restritiva do que ocorre na ação de improbidade administrativa.

Apesar da omissão legal, entendemos que a legitimidade deve ser reconhecida também às entidades da Administração Indireta, tendo em vista a sua autonomia administrativa e o objetivo do legislador em proteger a Administração Pública, sem distinção.

Como a Lei 12.846/2013 se limita a regulamentar a responsabilização de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a Administração Pública, naturalmente o polo passivo será formado exclusivamente pela

pessoa jurídica que pratica ato lesivo previsto no art. 5.º da mesma Lei. Exatamente como ocorre com a ação de improbidade administrativa, entendemos que a pessoa jurídica de direito público que tem legitimidade ativa não tem legitimidade passiva originária na hipótese de o autor da ação ser o Ministério Público. Nesse caso, deve a pessoa jurídica de direito público ser intimada da existência da ação, podendo quedar-se inerte ou assumir um dos polos da demanda.¹⁰

E também não há espaço para a presença de pessoas físicas no polo passivo, inclusive os agentes públicos envolvidos no ato ilícito. Não que as responsabilidades das pessoas físicas envolvidas na ilicitude sejam excluídas pela responsabilização da pessoa jurídica, elas só não serão objeto da ação judicial ora analisada. Nesse sentido o art. 3.º, *caput*, da Lei 12.846/2013.

As sanções, que podem ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa, são:

a) perdimento dos bens, direitos ou valores que representem vantagem ou proveito direta ou indiretamente obtidos da infração, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé;

b) suspensão ou interdição parcial de suas atividades;

c) dissolução compulsória da pessoa jurídica;¹¹ e

d) proibição de receber incentivos, subsídios, subvenções, doações ou empréstimos de órgãos ou entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, pelo prazo mínimo de um e máximo de cinco anos.¹²

Apesar da omissão legal, é tranquilo que também possam ser cumulados os pedidos de anulação do ato ilícito e de condenação por perdas e danos. Na realidade, o art. 21, parágrafo único, da Lei ora analisada dá

10 Segundo previsto no art. 17, § 3.º, da Lei 8.429/1992, no caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3.º do art. 6.º da Lei 4.717/1965. Sobre o tema, remetemos o leitor ao livro: NEVES, Daniel Amorim Assumpção; OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. **Manual de improbidade administrativa**. 2ª ed., São Paulo: Método, 2014.

11 A dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado: a) utilização da personalidade jurídica de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou b) constituição da pessoa jurídica para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados (art. 19, § 1.º, da Lei 12.846/2013).

12 Nas ações propostas pelo Ministério Público, poderão ser aplicadas também as sanções previstas no art. 6.º (multa e publicação extraordinária da decisão condenatória), desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa (art. 20 da Lei 12.846/2013). Registre-se que a multa e o perdimento de bens, direitos ou valores serão destinados preferencialmente aos órgãos ou entidades públicas lesadas (art. 24). Em âmbito federal, foi instituído o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, que reunirá as informações quanto às sanções e aos acordos de leniência formalizados com base na referida Lei (art. 22).

a entender que a condenação por perdas e danos é um pedido implícito dessa ação ao prever que a condenação torna certa a obrigação de reparar, integralmente, o dano causado pelo ilícito, cujo valor será apurado em posterior liquidação, se não constar expressamente da sentença. De qualquer forma, o mais seguro é realizar o pedido expresso nesse sentido.

Quanto às sanções de multa e de perdimento de bens, direitos ou valores, aplicadas no processo administrativo ou judicial, as mesmas serão destinadas, preferencialmente, aos órgãos ou entidades públicas lesadas, conforme previsão contida no art. 24 da Lei 12.846/2013.

Além disso, nos termos do art. 20 da Lei 12.846/2013, nas ações ajuizadas pelo Ministério Público, além das sanções previstas no art. 19, poderão ser aplicadas as sanções previstas no art. 6º (multa e publicação da sentença) desde que constatada a omissão das autoridades competentes para promover a responsabilização administrativa.

Entendemos que tal pedido não é exclusivo do Ministério Público como autor, também podendo ser elaborado quando for autora da ação a pessoa jurídica de direito público lesada. É natural que, nesse caso, a própria autora da ação judicial possa responsabilizar a pessoa jurídica que figure como ré no processo por meio do processo administrativo previsto no Capítulo III da Lei 12.846/2013. Não parece, entretanto, compatível com o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV, da CF) exigir esse processo administrativo como condição do exercício do direito de ação, de forma que, se por alguma razão, a pessoa jurídica de direito público quiser ingressar diretamente com a ação judicial, será possível fazer os pedidos previstos no art. 6º da Lei ora comentada.

Os pedidos previstos nos incisos II, III e IV do art. 19 da Lei 12.846/2013 têm natureza de sanção, a exemplo dos pedidos de perda da função pública, suspensão dos direitos políticos, multa civil e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios cabíveis na ação de improbidade administrativa.

Das sanções previstas, a mais radical é a dissolução compulsória da pessoa jurídica, daí por que a preocupação do legislador em prever as hipóteses específicas em que poderá ocorrer. Segundo o § 1º do art. 19, a dissolução compulsória da pessoa jurídica será determinada quando comprovado: (I) ter sido a personalidade jurídica utilizada de forma habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos; ou (II) ter sido constituída para ocultar ou dissimular interesses ilícitos ou a identidade dos beneficiários dos atos praticados.

Como também ocorre na ação de improbidade administrativa, o art. 19, § 3.º, da Lei 12.846/2013 prevê que as sanções poderão ser aplicadas de forma isolada ou cumulativa. Além disso, também como ocorre na ação de improbidade administrativa, o prazo da proibição previsto pelo inciso IV do mesmo dispositivo deve ser fixado tomando-se por base a razoabilidade e proporcionalidade, exatamente como ocorre na dosagem da pena pela prática dos ilícitos penais.¹³

No tocante a tutela cautelar, o art. 19, § 4.º, da Lei 12.846/2013 tem bons e maus momentos.

Ao prever que o Ministério Público ou a Advocacia Pública ou órgão de representação judicial, ou equivalente, do ente público poderá requerer a indisponibilidade de bens, direitos ou valores necessários à garantia do pagamento da multa ou da reparação integral do dano causado, o dispositivo afasta divergência atualmente existente na ação de improbidade administrativa quanto a tal medida como garantia do pagamento da multa civil.¹⁴

Inexplicável, por outro lado, é prever a “*reparação integral do dano causado, conforme previsto no art. 7º*”, porque o artigo mencionado versa sobre os elementos que devem ser considerados para a aplicação da multa prevista no art. 6º, I, em nada se referindo a indenização por perdas e danos. Afinal, sanção e reparação são inconfundíveis, inclusive quanto aos elementos que devem ser considerados para sua fixação.

Registre-se que os pedidos típicos da ação de improbidade administrativa e da ação de responsabilização judicial podem ser cumulados, desde que o autor tenha legitimidade para ambas as ações. Não vejo qualquer problema em termos o Ministério Público ou a pessoa jurídica de direito público da administração direta lesada pelo ato ilícito, cumulando essas pretensões em uma mesma ação coletiva contra as pessoas jurídicas e físicas responsáveis e/ou beneficiadas pela ilicitude.

5) CADASTRO NACIONAL DE EMPRESAS PUNIDAS - CNEP

O art. 22 da Lei 12.846/2013 instituiu o Cadastro Nacional de Empresas Punidas - CNEP, com o objetivo de reunir e conferir publicidade às sanções aplicadas pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo,

¹³ Verificar o capítulo 13, item 13.5.4.8.

¹⁴ Verificar o capítulo 15, item 15.2.4.

Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo com base na Lei Anticorrupção.

As informações básicas que serão cadastradas no CNEP são (art. 22, § 2.º, da Lei 12.846/2013):

- a) razão social e número de inscrição da pessoa jurídica ou entidade no Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica - CNPJ;
- b) tipo de sanção; e
- c) data de aplicação e data final da vigência do efeito limitador ou impeditivo da sanção, quando for o caso.

Ressalvadas as hipóteses de prejuízo às investigações em curso, as autoridades competentes também deverão cadastrar no CNEP as informações relacionadas aos acordos de leniência celebrados e aqueles que forem descumpridos, na forma do art. 22, § 3.º e 4.º, da Lei 12.846/2013.

Após o prazo previamente estabelecido no ato sancionador ou do cumprimento integral do acordo de leniência e da reparação do eventual dano causado, os registros das sanções e acordos de leniência serão excluídos do CNEP (art. 22, § 3.º e 4.º, da Lei 12.846/2013).

Por fim, o art. 23 da Lei 12.846/2013 prevê, ainda, a obrigatoriedade de atualização pelos órgãos ou entidades dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário de todas as esferas de governo do Cadastro Nacional de Empresas Inidôneas e Suspensas – CEIS, com os dados relativos às sanções por eles aplicadas, com fulcro nos arts. 87 e 88 da Lei 8.666/1993.¹⁵

15 Arts. 87 e 88 da Lei 8.666/1993: “Art. 87. Pela inexecução total ou parcial do contrato a Administração poderá, garantida a prévia defesa, aplicar ao contratado as seguintes sanções: I - advertência; II - multa, na forma prevista no instrumento convocatório ou no contrato; III - suspensão temporária de participação em licitação e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos; IV - declaração de inidoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública enquanto perdurarem os motivos determinantes da punição ou até que seja promovida a reabilitação perante a própria autoridade que aplicou a penalidade, que será concedida sempre que o contratado ressarcir a Administração pelos prejuízos resultantes e após decorrido o prazo da sanção aplicada com base no inciso anterior. § 1º Se a multa aplicada for superior ao valor da garantia prestada, além da perda desta, responderá o contratado pela sua diferença, que será descontada dos pagamentos eventualmente devidos pela Administração ou cobrada judicialmente. § 2º As sanções previstas nos incisos I, III e IV deste artigo poderão ser aplicadas juntamente com a do inciso II, facultada a defesa prévia do interessado, no respectivo processo, no prazo de 5 (cinco) dias úteis. § 3º A sanção estabelecida no inciso IV deste artigo é de competência exclusiva do Ministro de Estado, do Secretário Estadual ou Municipal, conforme o caso, facultada a defesa do interessado no respectivo processo, no prazo de 10 (dez) dias da abertura de vista, podendo a reabilitação ser requerida após 2 (dois) anos de sua aplicação. Art. 88. As sanções previstas nos incisos III e IV do artigo anterior poderão também ser aplicadas às empresas ou aos profissionais que, em razão dos contratos regidos por esta Lei: I - tenham sofrido condenação definitiva por praticarem, por meios dolosos, fraude fiscal no recolhimento de quaisquer tributos; II - tenham praticado atos ilícitos visando a frustrar os objetivos da licitação; III - demonstrem não possuir idoneidade para contratar com a Administração em virtude de atos ilícitos praticados.”

6) PRESCRIÇÃO

A pretensão para punição administrativa e civil das pessoas jurídicas por atos lesivos à Administração prescreve em cinco anos, contados da data da ciência da infração ou, no caso de infração permanente ou continuada, do dia em que tiver cessado (art. 25, *caput*, da Lei 12.846/2013).

De acordo com o art. 25, parágrafo único, da Lei 12.846/2013, a prescrição será interrompida com a instauração do respectivo processo administrativo ou judicial.

Registre-se, no entanto, que a pretensão de ressarcimento ao erário é imprescritível, na forma do art. 37, § 5.º, CRFB que dispõe.

“Art. 37. (...)

§ 5.º A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.”

A imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário é sustentada pelo STJ e pela maioria da doutrina.¹⁶ Da mesma forma, a Súmula 282 do TCU dispõe: “As ações de ressarcimento movidas pelo Estado contra os agentes causadores de danos ao erário são imprescritíveis.”

Isto porque a referida norma constitucional remete ao legislador a prerrogativa para estabelecer os prazos de prescrição para ilícitos que causem prejuízos ao erário, com a ressalva expressa das ações de ressarcimento.

A regra é a prescrição, definida pelo legislador infraconstitucional, tendo em vista o princípio da segurança jurídica, que tem por objetivo a

16 STJ, REsp 1.089.492/RO, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 18.11.2010 (**Informativo de Jurisprudência do STJ** 454). Vide também: REsp 1.069.723/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 02.04.2009 (**Informativo de Jurisprudência do STJ** 384). CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 1.014-1.015; DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009, p. 829-830; GARCIA, Emerson; ALVES, Rogério Pacheco. **Improbidade administrativa**. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 620; FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 247; MARTINS JÚNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 385. Em sentido contrário, sustentando a prescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário, vide: PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 236-238; TOURINHO, Rita. “A prescrição e a Lei de Improbidade Administrativa”. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 12, out.-dez. 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br>>. Acesso em: 10 jan. 2012.

estabilidade das relações sociais. A exceção é a imprescritibilidade admitida apenas nas hipóteses expressamente previstas na Constituição.

Desta forma, a intenção do legislador constituinte foi consagrar uma exceção à regra geral ao prever a imprescritibilidade das pretensões de ressarcimento ao erário.

7) CONCLUSÕES

O tema do combate à corrupção ocupa o papel de destaque na pauta de reivindicações sociais na atualidade, o que justifica a proliferação de normas internacionais e internas que consagram mecanismos relevantes, preventivos e repressivos, de garantia da moralidade administrativa.

A corrupção é inimiga da República, uma vez que significa o uso privado da coisa pública, quando a característica básica do republicanismo é a busca pelo “bem comum”, com a distinção entre os espaços público e privado.

Conforme destacamos em obra sobre o tema, o combate à corrupção depende de uma série de transformações culturais e institucionais. É preciso reforçar os instrumentos de controle da máquina administrativa, com incremento da transparência, da prestação de contas e do controle social.

Nesse contexto, a Lei 12.846/2013 representa importante instrumento de combate à corrupção e de efetivação do republicanismo, com a preservação e restauração da moralidade administrativa. ❖